



As ações afirmativas criadas por ato administrativo

Autor: Tiago do Carmo Martins

Juiz Federal, Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Univali

publicado em 23.10.2015

 [\[enviar este artigo\]](#)  [\[imprimir\]](#)

Resumo

As ações afirmativas cumprem papel fundamental na transformação da realidade social, distribuindo as oportunidades de modo mais equânime, conformando-se ao ideal transformador da Constituição de 1988. Contudo, no que tange ao acesso ao ensino público superior, é tarefa do Poder Legislativo operar a intermediação entre a Constituição e a colocação em prática de tais programas, não sendo adequada sua efetivação por ato administrativo.

Palavras-chave: Constituição. Interpretação. Ação afirmativa. Igualdade. Garantismo. Principlismo.

Abstract

Affirmative actions play a fundamental role in transforming social reality, delivering opportunities in a more equitable way, in conformation with the 1988 Constitution's ideal of transformation. However, with regard to the access to public higher education, it is the Legislative branch's task to operate the intermediation between the Constitution and the putting into practice of such programs, and its achievement by administrative acts is inadequate.

Keywords: Constitution. Interpretation. Affirmative action. Equality. Guaranteeism. Principlism.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um regime pródigo em estabelecer direitos e garantias, muitos dos quais, em especial aqueles ditos de segunda geração, dependentes de atuação do poder público para sua efetiva implementação.

A experiência tem demonstrado, entretanto, que o ritmo e a intensidade de efetivação dessas prerrogativas nem sempre acompanham a expectativa de seus virtuais beneficiários, o que se verifica no caso específico do direito à educação superior em favor de grupos minoritários.

Esse tema, primeiramente de forma tímida, por ações isoladas de esparsas instituições públicas de ensino superior, após em caráter mais disseminado pelo território nacional, fruto mesmo da produção legiferante de determinados entes da federação, fomentou o debate acerca da constitucionalidade da instituição de programas de ação afirmativa para incrementar o acesso de minorias aos bancos do ensino público superior.

Neste ensaio, procura-se avaliar a compatibilidade da instituição de tais programas mediante atos administrativos, isto é, sem interposição legislativa entre o invocado mandamento constitucional de universalização de acesso ao ensino superior e sua colocação em prática, por meio de ato *sponte propria* de determinada universidade.

Para esse exame, se recorrerá a duas sistemáticas de interpretação constitucional, quais sejam, a que vem expressa pela doutrina garantista, cujo maior expoente é o mestre italiano Luigi Ferrajoli; e a da escola de origem alemã, ilustrada no pensamento de Robert Alexy; à guisa de comparar se ambos os pensamentos convergem quanto às possíveis respostas à indagação ora posta em discussão.

1 O paradigma garantista

Em apertada síntese, orientada a permitir a comparação ora visada, pode-se inferir que o garantismo se refere às técnicas de tutela dos direitos fundamentais pela via normativa,⁽¹⁾ tendentes a assegurar a efetividade de um direito subjetivo.

Parte do pressuposto de que a mera enunciação dos direitos não se faz suficiente para que sejam eles usufruídos por seus titulares, com base em uma certa desconfiança quanto ao respeito dos direitos fundamentais pelos que exercem legitimamente o poder.

Assim, para compelir à observância dos direitos fundamentais, se fala em

“Garantismo para designar o conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes – públicos e privados, políticos (ou de maioria) e econômicos (ou de mercado), no plano estatal e no internacional – mediante os quais se tutelam, por meio de sua sujeição à lei e, em concreto, aos direitos fundamentais nela estabelecidos, tanto as esferas privadas frente aos poderes públicos, como as esferas públicas frente aos poderes privados.”⁽²⁾

Desse modo, para cada direito subjetivo, entendido ou como expectativa positiva de prestações ou negativa de não lesão, são estabelecidas garantias, que podem ser **primárias ou substanciais**, consistentes nas obrigações ou proibições que correspondem aos direitos garantidos; e **garantias secundárias ou jurisdicionais**, que consistem em obrigações dos órgãos judiciais de aplicar as sanções e declarar as nulidades constatadas em face de atos ilícitos ou que de alguma forma violem os direitos subjetivos e suas correspondentes garantias primárias.

Como exemplifica o mestre italiano:

“A garantia primária dos direitos de liberdade é a proibição de leis ou medidas restritivas de tais direitos implicada pela norma primária em que se estabelecem; sua garantia secundária é a obrigação de anular tais leis, prevista nas normas secundárias que estabelecem o controle de constitucionalidade.”⁽³⁾

Apresenta-se o garantismo, nessa senda, como uma nova face do constitucionalismo, por meio da capacidade de vincular os poderes públicos, inclusive o Legislativo, a vínculos e a limites impostos em “rígido fundamento positivo”,⁽⁴⁾ consistente nas leis, mas sobretudo na Constituição em que aqueles devem buscar embasamento. É, com efeito, uma teoria positivista, mas um positivismo que se mostra apegado aos preceitos maiores consagrados na Constituição.

Por essa razão, não basta o mero respeito formal à Carta Política, representado pela observância às regras de competência e procedimento de elaboração legislativa. Há, sobretudo, que ser respeitado o conteúdo obrigatório imposto

pela Constituição, identificado como a dimensão substancial da democracia, que consiste naquilo que Ferrajoli denomina de esfera do indecível: temas que não comportam restrição pelos poderes estabelecidos, pois foram colocados fora de sua margem de disposição pelo constituinte, identificando-se com os direitos de liberdade; e também temas cuja decisão é impositiva e inderrogável pelos órgãos do Estado, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, aspecto que se concentra nos direitos sociais.

Com relação aos últimos (direitos sociais), convém frisar que, por serem direitos a prestações, requerem a instituição de normas e órgãos próprios e com as devidas prerrogativas de independência e autonomia para engendrará-los. Essa operação acha-se dentro da **esfera do decidível**, cabendo ao âmbito político, dentro dos mecanismos democráticos e da regra da maioria, criar e definir as instituições e o regramento necessário para dar vazão às questões que se encontram na esfera do indecível.

Embora seja tarefa política, marcada pela regra da maioria, não há uma discricionariedade plena e margem de inovação absoluta, pois já foi fixado constitucionalmente o dever de garantir os direitos sociais estipulados na Carta, não sendo uma opção constitucionalmente possível não efetivá-los.

A margem de atuação das esferas políticas consiste no estabelecimento dos mecanismos e na formatação dos órgãos aptos a essa tarefa, diante da qual a regra da maioria se faz aplicável, sempre com respeito aos conteúdos vinculantes do Texto Constitucional.

2 Constitucionalismo principialista e a teoria dos direitos fundamentais de Alexy

Com vistas na experiência do Tribunal Constitucional alemão, Robert Alexy delineia, em célebre obra, as bases de seu pensamento sobre a interpretação constitucional.

Partindo da identificação de duas espécies de norma, princípios e regras, sendo os primeiros dotados de “grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”,⁽⁵⁾ conquanto ambos exarquem juízos de dever-ser, aponta mecanismos diferentes de solução de conflitos caso a colidência ocorra entre princípios ou entre regras.

As regras, “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”,⁽⁶⁾ têm seus conflitos resolvidos no plano da validade, com recursos, na falta de cláusulas de exceção, aos critérios interpretativos da anterioridade ou da especialidade. O que sobressai é que, definida a regra aplicável, a outra é tida por inválida e não encontra nenhuma aplicação.

Já no tocante aos princípios, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”,⁽⁷⁾ são caracterizados como **mandamentos de otimização**, podendo comportar gradação de sua satisfação, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas postas.

Assim, além de traduzirem um “dever-ser” com grau de generalidade e indeterminação muito superior do que o advindo de uma regra, têm sua efetividade e seu atendimento *in concreto* sujeitos ao que se mostra fática e juridicamente possível na espécie em consideração.

Deste modo, em relação à colisão de princípios,

“um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sobre determinadas condições. Sob

outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.”(8)

No estabelecimento da relação de peso e, conseqüentemente, de precedência, é mister o recurso à máxima da proporcionalidade, desdobrada em suas três máximas parciais, “da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)”,(9) esta última estando a demandar ponderação sobre a relação custo-benefício da medida, a fim de verificar se o sacrifício imposto a um princípio seria compensado pelas vantagens advindas da providência visada. Dessarte, as duas primeiras máximas parciais se destinam a verificar as possibilidades fáticas, ao passo que a terceira – proporcionalidade em sentido estrito – corresponde à verificação das possibilidades jurídicas.

Estabelecidas tais premissas, resta esclarecer que a denominação aqui usada para identificar essa corrente – **constitucionalismo principialista** – advém de ensaio escrito por Ferrajoli(10) para contrapor os dois modelos ora postos em evidência.

Em suma, o mestre italiano critica a abertura e a indeterminação que esse modelo hermenêutico admite, pela via da ponderação, que acaba por desnaturar a segurança jurídica pela imprevisibilidade da norma aplicável, que só será descoberta à luz do caso concreto.

É, sob esse enfoque, mecanismo que põe em evidência a função judicial, a quem é conferida a tarefa de desvendar a norma aplicável, momento permeado pelo risco de que o juiz, ao invés de aplicar a norma estampada no ordenamento, passe a criá-la, influenciado por seus valores e convicções próprios, com potencial prejuízo à previsibilidade normativa, ao dogma da separação de poderes e da sujeição do juiz à lei.

3 Ações afirmativas: noções fundamentais

Antes de proceder à verificação da constitucionalidade, no direito brasileiro, de instituição de programas de ações afirmativas mediante ato administrativo, é mister estabelecer algumas balizas sobre o tema, inclusive com referência ao seu uso no Estados Unidos da América, país que mais tem desenvolvido o estudo e a aplicação dessa medida.

Com efeito, a mera garantia de igualdade perante a lei (formal) não se mostra suficiente para promoção da igualdade material. Embora ostente a grande virtude de proscrever a discriminação, tornando norma legal a repulsa a esse tipo ignominioso de conduta, não tem o condão de apagar todo o histórico de opressão contra certos grupos e desfazer seus nefastos efeitos.

Assim, para se assegurar a igualdade de fato entre indivíduos ou grupos, por vezes se torna imperativo o estabelecimento de desigualdade jurídica entre estes, de modo a remover as barreiras que estão a obstaculizar a equânime fruição dos bens sociais.

Essa é uma contingência do Estado brasileiro fundado pela Carta de 1988, porquanto a Constituição enuncia, já em seu preâmbulo, um ideal nitidamente transformador, colocando “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, e estabelecendo como objetivos fundamentais da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, consoante se vê de seu artigo 3º.

Nessa esteira, ante histórico de discriminação passada a obstar, no presente, a

plena fruição dos direitos fundamentais pelos grupos marginalizados, desponta a ação afirmativa como instrumento redistributivo, não compensatório, das riquezas e oportunidades sociais, servindo como agente removedor daquelas barreiras que obstam a plena e equânime fruição dos bens da vida pelos indivíduos e grupos discriminados.(11)

Com efeito, as ações afirmativas vêm calcadas em modelo de justiça social, que

"pode ser sintetizada como uma rejeição simultânea dos atos discriminatórios autônomos voltados por indivíduos contra outros indivíduos e da discriminação sistemática difusa que legou à população negra uma condição de subordinação social. Ele abrange, portanto, tanto a repressão a atos individualizados quanto a adoção de medidas racialmente conscientes, voltadas para o combate da discriminação institucional."(12)

Note-se que o modelo da justiça social, embora desenvolvido no Direito norte-americano, ecoou e restou acolhido no *leading case* nacional, a ADPF 186/DF, ocasião em que o relator do julgado, Ministro Ricardo Lewandowski, asseverou que "a transformação do direito à isonomia em igualdade de possibilidades, sobretudo no tocante a uma participação equitativa nos bens sociais, apenas é alcançado, segundo John Rawls, por meio da aplicação da denominada justiça distributiva".(13)

São, dessarte, instrumentos de mudança e transformação. Uma vez identificada uma realidade social corroída pela desigualdade, representam o instrumento profilático para correção da realidade anti-isonômica, como bem compreendido pelo Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Harry Blackmun, no julgamento do caso *Bake v. Regent of University of California*:

"In order to get beyond racism, we must first take account of race. There is no other way. And in order to treat some persons equally, we must treat them differently. We cannot – we dare not – let the Equal Protection Clause perpetrate racial supremacy."(14)

Ou, como dentre nós preleciona Cármen Lúcia Antunes Rocha, por meio de uma "desigualação positiva promove-se a igualação jurídica efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático".(15)

Mas a tarefa das ações afirmativas não se exaure nesse objetivo. Em exame da experiência norte-americana, Joaquim B. Barbosa Gomes proclama que as ações afirmativas "também têm como meta a implantação de uma 'certa' diversidade e de uma maior 'representatividade' dos grupos minoritários nos mais diversos domínios da atividade pública e privada".(16) Ainda, identifica o autor benefícios para o país com a adoção de ações afirmativas, mediante aumento de produtividade decorrente do oferecimento de oportunidade de trabalho a uma gama maior de pessoas.

Além disso, há a formação dos chamados *role models*, indivíduos pertencentes às minorias que ascendem, graças a políticas de ação afirmativa, a postos e funções mais elevados, os quais passam a ser exemplos a serem seguidos em suas comunidades.(17)

Rios(18) também identifica outro importante objetivo das ações afirmativas: o oferecimento de novos serviços às comunidades excluídas. Isso ocorre, por exemplo, com o estabelecimento de profissionais de nível superior (médicos, dentistas, advogados) em suas comunidades de origem, levando a elas oportunidades de atendimento até então de difícil acesso, uma vez que as maiores também tendem a se estabelecer profissionalmente em seus lugares de origem e identificação.

Logo, pode-se inferir, em plano conceitual, que seja a ação afirmativa remédio destinado a corrigir situações de tratamento injustificadamente desigual, alcançando a indivíduos ou grupo de indivíduos desfavorecidos socialmente, em face da discriminação passada, acesso a bens, valores e oportunidades de determinada sociedade, aos quais teria acesso extremamente dificultado, não fosse esse mecanismo.

Desvendados os fundamentos, o conceito e o objeto das ações afirmativas, convém, antes de analisar a compatibilidade desses instrumentos com a Constituição Federal de 1988, quando engendrados via ato administrativo, verificar o panorama que advém da experiência norte-americana no tema.

4 Algumas noções sobre ações afirmativas no Direito dos Estados Unidos

Ao contrário do que se passa no Direito brasileiro, a Constituição norte-americana não contempla cláusula expressa sobre ações afirmativas. As análises jurisprudenciais têm se dado, sobretudo, com base na XIV Emenda, cláusula geral de igualdade, que garante a todos os cidadãos, em relação aos estados-membros, igual proteção da lei.

Além desta, a Emenda XIII, proibitiva da escravidão e, indiretamente, da discriminação, e a Emenda XV, conhecida por *spending clause* (cláusula de dispêndio), que constitui mecanismo de restrição do repasse de subvenções federais a entidades que discriminem ou não promovam a diversidade, são elementos constitucionais invocados no trato do tema pelos tribunais locais.

Contudo, conquanto inexistia norma constitucional expressa autorizativa de ações afirmativas, ressalta Dworkin⁽¹⁹⁾ que “não há nenhum texto na Constituição cujo significado claro proíba a ação afirmativa”.

Foi essa a diretriz seguida pela Suprema Corte já em *Regentes da Universidade da Califórnia contra Allan Bakke*, julgado em 12 de outubro de 1977, ocasião em que, após intenso debate, o tribunal assentou, em caráter geral, que qualquer plano de ação afirmativa é compatível com a Constituição, desde que adequadamente concebido,⁽²⁰⁾ o que representou uma grande vitória aos defensores dos direitos civis.

Embora tenha mostrado resistência a programas baseados em cotas fixas, “decidiu, por uma votação de cinco a zero, que a Constituição autoriza programas de ação afirmativa, como o de Harvard, que permite que a raça seja levada em consideração”, desde que “com a finalidade de obter um corpo estudantil diversificado”.⁽²¹⁾

Note-se que tanto o programa da Universidade da Califórnia, de natureza pública, cuja constitucionalidade era questionada na ocasião, como o de Harvard, esta de índole privada, apontado como modelo, não estavam amparados por qualquer ato legislativo a fazer a mediação entre os preceitos constitucionais envolvidos e a instituição do programa pelos próprios estabelecimentos de ensino.

Já em *Steelworkers vs. Weber*, a Suprema Corte proclamou a possibilidade de entes privados promoverem, voluntariamente, planos de ação afirmativa.⁽²²⁾

No caso, como registra Dworkin, a Suprema Corte asseverou que a cláusula de igualdade na lei impõe aos estados a igualdade de tratamento para com os cidadãos, “mas não impõe tal exigência a instituições privadas, a menos que a ‘ação estadual’ esteja envolvida no que fazem essas instituições privadas”.⁽²³⁾

E, como não havia ação estatal imbricada, a questão subjacente não era constitucional, mas regida pelo Estatuto dos Direitos Civis, que contém autorização para programas da espécie, pois fomenta a igualdade racial no emprego.

O direito norte-americano admite, outrossim, o estabelecimento de ações afirmativas por ordem judicial (*court ordered affirmative action programs*). A possibilidade consta da Seção 706, g, do Estatuto dos Direitos Civis de 1964, tendo sido aplicada no caso *United States vs. Paradise*, em que se controvertia sobre prática discriminatória do estado do Alabama, cujo departamento de polícia se recusava a admitir policiais negros. Em 1972, no âmbito de procedimento judicial, fora comprovada a prática, e o juiz responsável, após uma década de recalcitrância do estado-membro em cumprir a sentença, impôs medida executória consistente em fixação de uma cota de cinquenta por cento de negros a serem admitidos, de modo que, para cada policial branco admitido ou promovido, haveria de ser admitido ou promovido também um negro,(24) julgado confirmado pela Corte Constitucional.

Por derradeiro, convém registrar que o Judiciário dos Estados Unidos tem validado a instituição de ação afirmativa decorrente de ato do Poder Executivo, materializado no Decreto (*Executive Order*) 11.246, o qual impõe o dever das entidades contratadas pelo poder público de seguir certos parâmetros inclusivos de minorias em seus quadros e também de promoção na carreira. Embora a questão nunca tenha sido julgada pela Suprema Corte, os tribunais federais de segunda instância reiteradamente declaram a constitucionalidade desse mecanismo, amparado que está na "cláusula de dispêndio" constante da XV Emenda.(25)

Dessarte, o breve panorama acima delineado permite constatar que, no Direito dos Estados Unidos, cujo sistema jurídico é de *Common Law* e cuja Constituição não pode ser tida como analítica, a instituição de ações afirmativas sem respaldo em lei em sentido estrito é realidade usual e que tem recebido a chancela dos órgãos do Poder Judiciário, especialmente de sua Corte Suprema.

5 O caso brasileiro e as interpretações possíveis

A Constituição de 1988, ao contrário do que sucede com a norte-americana, alberga disposições autorizativas da adoção de ações afirmativas. Além dos já citados preâmbulo e artigo 3º, desponha o artigo 7º, XX, que garante "proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei".

Mais contundente, o artigo 37, VIII, determina que "a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão". Esse dispositivo não apenas impõe a criação de ação afirmativa como estabelece que seja implantada via sistema de cotas.

O artigo 170, ao estatuir como princípio da ordem econômica a concessão de "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país", também abre flanco para políticas afirmativas em prol de empresas nacionais.

Igualmente, o artigo 5º, parágrafo segundo (garantias constitucionais implícitas), confere *status* constitucional aos tratados firmados e ratificados pelo Brasil em sede de direitos humanos, dentre os quais a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, ratificada pelo Brasil em 26 de março de 1968; e a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, ratificada pelo Brasil em 01.02.1984; ambos prevendo a adoção de ações afirmativas como remédio à desigualdade.

Contudo, é de se indagar se esses dispositivos são suficientes para estabelecimento, pelo Poder Executivo, e independentemente de interposição legislativa, de programas de ação afirmativa, como, por exemplo, para reserva de vagas para estimular o ingresso de membros pertencentes a grupos minoritários no ensino superior, tal qual ocorre, ilustrativamente, na Universidade de Brasília desde 2004.(26)

Examine-se, primeiramente, a questão sob a ótica do constitucionalismo principialista, na esteira em que foi procedido no julgamento operado pelo relator da ADPF 186, Ministro Ricardo Lewandowski, quando se colocou em evidência o embate entre o princípio da igualdade, de um lado, ressaltado seu aspecto material e sua função promotora desse ideal da ação afirmativa; e, de outro, o princípio do mérito individual, inserto no art. 208, V, da Magna Carta.

Com base em um critério de ponderação de interesses, pode-se racionalmente chegar à conclusão de que a política de cotas estabelecida pela UnB era adequada ao fim visado, qual seja, incrementar o acesso de indivíduos pertencentes a grupos minoritários aos bancos do ensino superior. De igual modo, é viável concluir que não haveria meio menos gravoso ao princípio colidente – o do mérito individual – para que o objetivo em questão fosse alcançado.

Assim, o princípio da igualdade material estaria sendo realizado no limite das possibilidades fáticas (juízos de adequação e necessidade), diante dos contingentes opostos pelo princípio do mérito individual.

Já em verificação das possibilidades jurídicas – proporcionalidade em sentido estrito –, seria racionalmente lícito inferir, como de fato acabou ocorrendo no julgado em tela, que os benefícios da política de ação afirmativa em exame, especialmente “estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas”,⁽²⁷⁾ bem como a “criação de lideranças dentre esses grupos discriminados (...) capazes de servir como paradigmas de integração e ascensão social”,⁽²⁸⁾ superavam eventuais prejuízos a serem suportados pelos indivíduos que, mesmo tendo notas superiores no exame de admissão, seriam preteridos por candidatos beneficiários do programa.

Não obstante a instituição de programa de ação afirmativa por ato administrativo possa passar pelo crivo da proporcionalidade, como de fato se dera na ADPF 186, não se pode olvidar que o magistério de Alexy sobre o **direito geral de igualdade** se baseia não apenas na necessidade de balancear o entrechoque dos princípios da igualdade jurídica e da igualdade fática (paradoxo da igualdade), mas também de conciliar a necessidade de promoção da igualdade fática com o princípio da liberdade de conformação e decisão do legislador.

Isso é de fundamental importância porque, mesmo na teoria de Alexy, usada como supedâneo pelo julgado acima citado para validação de desigualização operada por ato administrativo, é patente a noção de que “o legislador pode discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito”;⁽²⁹⁾ o que denota que, na visão do mestre alemão, a tarefa de desigualar juridicamente para igualar de fato pertence ao legislador.

Essa posição vem reforçada pela constatação de que “o Tribunal Constitucional Federal reiteradamente enfatiza que, no âmbito da igualdade de tratamento, é conferida ao legislador ampla liberdade de conformação”, não cabendo ao tribunal “examinar se o legislador decidiu de maneira mais justa ou mais conveniente, mas apenas se os limites extremos (traçados pelo conceito de arbitrariedade) foram respeitados”.⁽³⁰⁾

Essa percepção é fundamental, porquanto se pauta na basilar noção de que a definição dos planos distributivos, como é um plano de amplo acesso aos níveis superiores de ensino, conquanto autorizados e mesmo ordenados constitucionalmente (**esfera do indecível** de Ferrajoli), devem ser discutidos e desenhados sob a regra da maioria parlamentar (**esfera do decidível**), uma vez que envolvem opções políticas que implicam limitação a outras prerrogativas, também de *status* constitucional.

Nessa senda, a tarefa do Poder Executivo e de seus órgãos e entidades é, como o

nome já diz, executiva, tendente a implementar os comandos exarados pelo legislador e por meio das instituições por este criadas.

Ainda, é pertinente lembrar que o exame judicial da constitucionalidade de **discrímens** operados, mesmo os feitos pelo legislador, é alvo de críticas na Alemanha em face da abertura que remanesce para que os juízos valorativos operados no Legislativo sejam substituídos por outros, os dos julgadores.

É evidente que é tarefa do Poder Judiciário exercer o exame de conformação dos atos dos outros poderes com a Constituição. O perigo está no fato de que, em julgamentos que se pautam demasiadamente em critérios de ponderação, nos quais é inegável “a ideia de que toda interpretação constitucional implica valorações do intérprete”, noção posta como “trivial e fundamental”,⁽³¹⁾ o espaço para debate, que deveria ser democrático e sediado, no que tange às escolhas possíveis, no Poder Legislativo, acabe sendo deslocado para o Judiciário.

De outro norte, sob um prisma garantista, declaradamente positivista, um tal risco diminui, porquanto há privilégio à aplicação do direito positivado, de modo o mais objetivo possível, por meio dos tradicionais juízos de subsunção, reservada aos princípios a tarefa de fechar eventuais lacunas ou antinomias.

Há intensa preocupação com a preservação da integridade do sistema, especialmente pelo prévio conhecimento da norma (que, sob prisma principialista, só se revela diante do caso concreto, pela técnica da ponderação), pela separação entre as funções legislativas e judiciais e pela sujeição dos juízes à lei, preocupação que se traduz na suspeita de que a jurisdição possa se transformar de “função de aplicação em função de produção do direito, isto é, em um poder normativo suplente em relação à inércia do poder legislativo”.⁽³²⁾

Nesse passo, a resposta sobre o questionamento da viabilidade de instituição de ação afirmativa por ato do Poder Executivo deve ser buscada diretamente nas normas postas no ordenamento jurídico. Partindo de seu vértice, constata-se, consoante acima demonstrado, que a Constituição de 1988 tem diversas normas que conferem legitimidade a programas de ação afirmativa, conquanto nenhuma haja que fale expressamente sobre uso desses programas para ingresso no ensino superior.

Sendo assim, pode-se concluir que a Constituição não só admite (artigos 7º, XX; 37, VIII; 170; e 5º, § 1º), mas também fomenta⁽³³⁾ (preâmbulo e artigo 3º) a medida, colocando o tema no espectro do **indecidível**, ou seja, não deixa margem para as esferas políticas optarem por não agir nesse campo. O que resta de discricionariedade (esfera do **decidível**) se cinge ao **como** (por que meios) e por **quem** (por quais organismos) os planos de ação afirmativa serão efetivados.

É de se apurar, então, se as normas infraconstitucionais fornecem instrumentos que garantam esse direito. No ponto, desponta o artigo 15 da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 (Estatuto da Igualdade Racial), segundo o qual “O poder público adotará programas de ação afirmativa”.

Além desse comando imperativo, a mesma lei cria uma espécie de **instituição de garantia**,⁽³⁴⁾ o Sistema Nacional de Promoção da Igualdade Racial (Sinapir), destinada “à implementação do conjunto de políticas e serviços destinados a superar as desigualdades étnicas existentes no país” (art. 47); e delega ao Poder Executivo federal a elaboração do “plano nacional de promoção da igualdade racial contendo as metas, os princípios e as diretrizes para a implementação da Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR)” (art. 49).

Nessa senda, vê-se que foi opção política do legislador, dentro da esfera de discricionariedade a ele acometida, ao tempo em que determina o dever, delegar aos órgãos de Estado a tarefa de dar concretude a tais programas, haja vista certamente as especificidades que cercam cada direito fundamental a ser efetivado, bem assim as diferenças regionais e culturais albergadas nos diferentes espaços federativos.

Dentro desse contexto, resta constitucional e legal ato administrativo de universidade pública que institua programa de ação afirmativa para ingresso no ensino superior, posto amparado em determinação constitucional, devidamente intermediada por comando legislativo imperativo.

Todavia, os atos administrativos dessa natureza operados antes da entrada em vigor do Estatuto da Igualdade Racial carecem desse supedâneo de validade, pois despontam como verdadeiros “decretos autônomos”, que não executam a lei em sentido formal, mas suprem seu espaço, inovando na ordem jurídica, pelo que usurpam do legislador, legitimado pela representatividade popular e calcado no postulado da maioria, a tarefa de decidir no espectro pela Constituição a ele reservado, o da **esfera do decidível**.

Na fase anterior ao Estatuto da Igualdade Racial e à autorização nele contida para que órgãos executivos engendrassem seus próprios programas, a solução remanescente para a lacuna legal era a declaração de inconstitucionalidade por omissão, mais especificamente o recurso ao mandado de injunção, destinado a suprir a ausência de norma regulamentadora que inviabiliza a fruição de uma prerrogativa constitucional decorrente de direito fundamental.

Contudo, essa alternativa constitucional para supressão da omissão normativa, entregue aos cuidados do Poder Judiciário, não o legitima a cancelar, no plano do controle repressivo de constitucionalidade, ato administrativo praticado sem suporte no ordenamento jurídico.

Por essas razões, seja sob prisma principialista, seja sob enfoque garantista, não se mostra juridicamente adequada, no momento anterior à edição da Lei 12.288/2010, a chancela aos planos de ação afirmativa decorrentes exclusivamente de ato administrativo, tal o caso utilizado aqui como referência, do programa da UnB avaliado e legitimado na ADPF 186.

Considerações finais

Neste ensaio, procurou-se demonstrar as diferentes compreensões e visões interpretativas que escorrem dos modelos garantista e principialista. Como pano de fundo, utilizou-se a temática concernente à instituição de programas de ação afirmativa por ato do Poder Executivo.

Como resultado, seja sob enfoque garantista, seja sob ângulo principialista, resulta evidente que tais políticas, conquanto necessárias, pois ajustadas ao intuito do constituinte de inaugurar uma sociedade mais justa e igualitária, não podem prescindir da interposição legislativa para sua implantação, uma vez que, ante a ausência de regra explícita sobre o tema (de ação afirmativa para ingresso no ensino superior), requerem atividade de produção normativa para sua efetivação. E o lugar dessa produção é o Poder Legislativo.

Além disso, resulta aparente também uma diferença no manejo dos princípios entre uma e outra corrente. Enquanto o garantismo, declaradamente positivista, opera com as fórmulas tradicionais de subsunção, utilizando os princípios apenas para aplacar antinomias ou lacunas do sistema, o constitucionalismo principialista obra de modo diametralmente oposto, partindo de uma leitura principiológica, aferindo os valores em conflito para deles extrair a norma aplicável ao caso concreto.

E, nesse agir, flagrantemente amplia o papel do intérprete na aplicação do direito, a ponto de se aproximar de uma atividade, para além de interpretativa, de criação da norma jurídica, a norma do caso concreto.

O perigo é que esse espaço remanescente ao intérprete seja preenchido com suas próprias opções e convicções, que não necessariamente coincidam com aquelas tornadas lei com o pacto que resultou na Constituição. E, assim, põe-se em risco uma grande conquista dos movimentos revolucionários, desde o inglês

iniciado no século XIII e que culminou, séculos depois, com o esvaziamento do poder real e sua sujeição ao Parlamento; passando pelos do século XVIII, de França e Estados Unidos; movimentos que legaram ao constitucionalismo uma de suas maiores conquistas, a sujeição do poder à lei, pondo, no lugar do governo dos homens, o governo das leis.

Referências das fontes citadas

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: maio 2015.

BRASIL. **Lei 12.288**, de 20 de julho de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.htm>. Acesso em: maio 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karan (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Principia Iuris**. Madri: Trotta, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ação afirmativa: óptica constitucional. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-91, abr. 2006.

RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. v. 1, tít. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura, Livraria do Advogado, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, Brasília, n. 131, jul./set. 1996.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **História y Constitución**. Madri: Trotta, 2005.

Notas

1.FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Madri: Trotta, 2008. p. 61.

2. FERRAJOLI, 2008, p. 62.
3. FERRAJOLI, 2008, p. 64.
4. FERRAJOLI, 2008, p. 65.
5. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.
6. ALEXY, 2008, p. 91.
7. ALEXY, 2008, p. 90.
8. ALEXY, 2008, p. 93-94.
9. ALEXY, 2008, p. 116-117.
10. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karan (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-58.
11. "Portanto, sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de 'redistribuição' de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizados por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação, seja ela racial, seja sexual, religiosa ou de origem nacional" (GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 68).
12. RIOS, Roger Raupp. Ações afirmativas no Direito Constitucional brasileiro: reflexões a partir do debate constitucional estadunidense. In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. v. 1, tit. 1. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura, Livraria do Advogado, 2006. p. 291.
13. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, p. 7.
14. 438 U.S. 265 – 1978.
15. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, Brasília, n. 131, jul./set. 1996. p. 285.
16. GOMES, 2001, p. 47.
17. GOMES, 2001, p. 48-49.
18. RIOS, 2006, p. 287-288.
19. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 445.
20. GOMES, 2001, p. 106.

21. DWORKIN, 2005, p. 455.

22. A fábrica Kaiser Aluminum Company, na Lousiana, registrava notória subrepresentação de trabalhadores negros em seus postos de trabalho mais destacados e com melhor remuneração. Isto em uma região de população negra expressiva. Para mudar esta realidade, a empresa, *sponte propria* e em acordo com o sindicato dos trabalhadores, criou um programa de treinamento para funções mais elevadas, baseado primeiramente na antiguidade do funcionário da empresa. Mas, além do tempo de casa, se estabeleceu que, para cada branco admitido no programa de capacitação, haveria de ser admitido um negro também, até que se encontrasse equilíbrio entre o número de negros capacitado em relação à proporção de negros no mercado de trabalho local.

23. DWORKIN, 2005, p. 472.

24. GOMES, 2001, p. 219.

25. GOMES, 2001, p. 215.

26. Portanto, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, cujo artigo 15 dispõe: "O poder público adotará programas de ação afirmativa".

27. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, p. 47.

28. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, p. 26.

29. ALEXY, 2008, p. 395.

30. ALEXY, 2008, p. 406.

31. ALEXY, 2008, p. 414.

32. FERRAJOLI, 2012, p. 237.

33. "Pode-se afirmar, sem receio de equívoco, que se passou de uma igualização estática, meramente negativa, no que se proibia a discriminação, para uma igualização eficaz, dinâmica, já que os verbos 'construir', 'garantir', 'erradicar' e 'promover' implicam, em si, mudança de óptica, ao denotar 'ação'. Não basta não discriminar. É preciso viabilizar – e encontramos, na Carta da República, base para fazê-lo – as mesmas oportunidades. Há de ter-se como página virada o sistema simplesmente principiológico. A postura deve ser, acima de tudo, afirmativa" (MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. Ação afirmativa: óptica constitucional. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 82-91, abr. 2006. p. 85).

34. "*Instituciones de garantía, (...) además de las funciones y las instituciones judiciales, también las administrativas de garantía, igualmente legitimadas por la aplicación sustancial y no por el simple respecto de la ley*"; diversas das instituições de governo, que "*son de hecho poderes de disposición y de producción e innovación jurídicas*", legitimadas pelo voto popular e pela representação política, encarregadas de decidir as questões afetas à esfera do decidível (FERRAJOLI, 2008, p. 106-107).

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023:2002/ABNT):
MARTINS, Tiago do Carmo. As ações afirmativas criadas por ato administrativo. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 68, out. 2015. Disponível em:
< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Tiago_Martins.html>
Acesso em: 12 nov. 2015.

REVISTA DE DOCTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO - EMAGIS